

论反垄断规则的优化设计^{*}

陈享光 钟 洲

[提 要] 近年来,来自经济理论的批评促使欧美法院与执法机构对搭售、转售价格维持等行为的判定从本身违法规则逐渐转向更依赖于实质效果的替代规则。但不同法院、执法机构与学界就本身违法规则的优化方案各执一词,鲜有文献探讨一个合理的优化设计应该考虑哪些因素,遵循哪些条件,对中国反垄断规则优化设计的一般性探讨更是凤毛麟角。本文试图在借鉴和拓展错判成本路径理论的基础上对此进行研究,提出以“动机安全港”为核心的反垄断规则优化方案,以兼顾判罚的准确性、优化的可操作性、规制成本、自由裁量权限制与法律的威慑作用。依据该优化方案,本文对最高法院在3Q案中提出的搭售规则进行了案例分析。

[关键词] 本身违法;优化设计;搭售;错判成本;安全港

一、引言

20世纪60年代以来经济理论的发展表明在反垄断实践中,将搭售、转售价格维持等行为适用本身违法规则很容易引致II类错误(即虚假有罪)。学界普遍认为除核心卡特尔以外,法院与执法机构应该放弃基于形式的本身违法规则而转向更依赖个案分析的替代方案。^{[1][2]}几十年来,全球各地不同法院、执法机构与学界针对不同行为提出各类反垄断规则优化方案,但鲜有文献探讨一个合理的优化设计应该考虑哪些因素,遵循哪些条件。

我国理论界对反垄断规则的研究亦面临类似的问题。近年来,我国法律与经济学者从不同角度对反垄断规则的优化设计进行了研究。例如,蔡红研究了反垄断中经营者集中的反垄断规则。^[3]时建中和钟刚研究了反垄断法中豁免制度的相关设计。^[4]于立和吴绪亮研究了自然垄断等特殊行业的反垄断规则。^[5]余东华则对行政垄断的反垄断规则进行了

研究。^[6]从整体上来看,国内文献更多侧重于反垄断中单个具体问题的规则优化与设计,对我国反垄断规则优化设计的一般性探讨则较少涉及。

本文认为,缺乏优化设计的“底层共识”使得不同法院、执法机构与学者在反垄断规则制定时各说各话,各行其是。不同司法辖区之间,同一司法辖区之内对许多行为的违法性与反垄断规则制定认定都有很大不同。根据现有理论,更依赖于形式的规则具有更低的规制成本与更高的确定性,但法院容易因为“机械的(违法行为)包含过度或包含不足”而产生错误判决,并引致过度威慑或威慑不足的长期后果。而更依赖于“个案正义”的规则试图通过对个案更深入的分析来避免错误判决,但其规制成本往往较高,法院与执法机构能力、寻租等外部干扰亦可能使法院产生“有偏误的专断”。^{[7][8]}那么,法院与执法机构应该如何对反垄断规则进行优化设计,以应对平衡形式与实际效果的对立,普遍性与特殊性的对立?

本文试图从决策优化角度对此进行初步的理论

^{*} 陈享光、钟洲,中国人民大学经济学院,邮政编码:100872,电子邮箱:zaston@ruc.edu.cn。感谢匿名评审人提出的修改建议,笔者已做了相应修改,本文文责自负。

探索。本文的基本观点遵循近年来兴起的“错判成本路径”理论。该理论认为,反垄断案件的实质是法院或执法机构在信息不完全情况下进行决策的过程。^[9]鉴于法院与执法机构会因为各种原因作出错误的判决,司法规则优化的目的在于减小错误判决带来的总量损失,它包括错判带来的福利损失与既定规则的规制成本。^[10]从整体来看,法院不应该苛求在每个个案都实现正确判决,而应该使其司法规则的优化实现统计意义上福利最大化。^[11]由于现有错判成本路径理论主要关心判罚的准确性与规制成本的平衡,且其实践面临一系列现实障碍,本文试图在借鉴和拓展该理论基础进一步提出兼顾自由裁量权限制与法律威慑作用,且更易操作的反垄断规则优化方案。通过兼顾以上因素,本文提出的反垄断规则优化方案将更契合当前我国反垄断法司法与执法的现实状况。

为了更好地阐述本文的观点,本文以搭售为研究对象展开论述,并在文末对最高法院在奇虎公司诉腾讯公司案(以下简称“3Q案”)中提出的搭售规则进行案例分析。^[12]搭售指企业在出售某一产品(下称“搭售产品”)时以消费者同时购买另一产品(下称“被搭售产品”)为条件的商业行为。在我国有限的反垄断案件中,搭售是最为常见的滥用市场支配地位行为。3Q案、高通案都涉及搭售,国家工商总局在2015年初至今已公布竞争执法公告的案件更大部分涉及搭售,因此,对搭售问题的探讨将兼具理论与现实意义。^{[13][14]}以下内容由四部分组成,第二部分分析反垄断规则的优化争议;第三部分在借鉴和拓展错判成本路径理论上对反垄断规则的优化设计进行探讨;第四部分对最高法院在3Q案提出的搭售规则进行案例分析;最后是本文的总结。为了论述的方便,本文主要从法院视角讨论反垄断规则的优化,但本文研究同样适用于执法机构反垄断指南的制定。

二、反垄断规则的优化争议

根据普通法传统,法院应当在反垄断案件中采

取“个案正义”的合理规则,即在个案中考察与案件相关的所有内容,分析个案的具体市场状况、行为的实质影响。^[15]合理规则的使用可以为法院带来更多的个案信息,但它亦容易导致漫无目的的调查、高昂的司法成本以及不确定性。^[16]因此,早期美国最高法院认为当其对某种行为的经验十分丰富,可以自信地预期它在合理规则下会被认定为违法情况下,该行为可以被认定为本身违法,法院不必花费高昂的成本进行行为实质效果的考察。^[17]美国最高法院并未否定本身违法规则具有武断性,但法院相信从整体来看,涉案行为带来的消极影响高于其可能带来的积极影响。^[18]

然而,经济理论的发展则使得本身违法规则的使用面临越来越多的质疑,现有理论证明适用本身违法规则的行为很可能不会排斥竞争、危害消费者福利或效率,使用本身违法规则容易引致II类错误与过度威慑的长期后果。以搭售为例,美国最高法院一度认为搭售“几乎不服务于抑制竞争以外的任何意图”。^[19]欧盟法院与竞争委员会一度认为搭售限制消费者选择权即构成市场支配地位的滥用。^[20]表1统计了当前经济理论对搭售动机、福利影响的研究,可以看到,理论的发展则表明搭售的动机与福利影响是高度模糊的。芝加哥学派的早期学者认为搭售将降低搭售产品需求量,企业通过搭售获得的总利润可能低于仅仅通过提高搭售产品价格获得的单一垄断利润,垄断企业也就没有动机实施法院所指控的策略性行为。^[21]该学派的后续研究进一步指出搭售主要服务于降低成本、价格歧视、避免双重加价等效率动机,由于搭售提高了效率,它应该是本身合法的。^{[22][23]}后芝加哥学派的研究则表明单一垄断利润理论仅在特定市场结构下才能成立,垄断企业可以通过搭售把搭售产品市场的市场力量延伸至被搭售产品市场,也可以通过搭售维持企业在搭售产品市场的市场支配地位。^{[24][25][26]}需要指出的是,后芝加哥学派并不否认搭售可能服务于效率动机,许多后芝加哥学派学者都指出搭售的策略性动机很难实现,搭售亦可能同时服务于效率动机与策略性动机。^{[27][28]}

表1 搭售的动机与福利影响

动机		社会总福利影响	消费者福利影响
定价效率动机	价格歧视	不确定	$W(B) < 0$
	避免双重加价	$W(B) \geq 0$	$W(B) \geq 0$
非定价效率动机	提高质量/保证安全	$W(B) \geq 0$	$W(B) \geq 0$
	降低成本	$W(B) \geq 0$	$W(B) \geq 0$
延伸市场力量动机	进入壁垒	不确定	不确定
	提高竞争对手成本	不确定	不确定
	默契合谋	$W(B) < 0$	$W(B) < 0$
维持市场力量动机		不确定	不确定
混合动机		不确定	不确定

说明： $W(B)$ 表示搭售的净福利影响。

资料来源：笔者根据阿尔博恩等人（Ahlborn et al）、艾尔豪格（Elhauge）、奈尔巴夫（Nalebuff）、库恩等人（Kuhn et al）等研究整理。^{[23][26][29][30]}

动机与福利影响的模糊性使得经济学者普遍认为法院应该放弃搭售、转售价格维持等行为的本身违法规则，并转向更依赖行为实质效果分析的替代规则。但一些法律学者批评，许多经济学文献仅仅因为某些行为可能具有积极效果而呼吁法院回归合理规则，却没有考虑规制成本对司法的约束，而规制成本的节约是法院实施本身违法规则的重要原因。^[31]另一方面，许多学者认为外部因素的干扰将使司法规则的优化更加复杂：对个案分析的依赖同时引致法院自由裁量权的增加，这往往要求法院有足够的处理能力处理复杂的经济理论，但法院可能无法满足相应的能力要求。奈尔巴夫（Nalebuff）对欧美反垄断史上经典的13起搭售/捆绑案件进行了案例分析，指出法院或执法机构几乎在每个案件中都存在判断错误。^[32]自由裁量权的提高亦可能引致寻租问题，马奥尼和圣基里科（Mahoney and Sanchirico）的研究指出法院的判决可能为利益集团所影响。^[33]在综合考虑以上因素情况下，许多本身违法规则的优化设计仅仅避免了反垄断法的过度威慑，而不能真正提高法院判决的准确率，一些优化方案甚至带来威慑不足的消极后果。

近年来，不同法院、执法机构与学界相继提出试图兼具规则的“形式”与个案分析的“效果”的反垄断规则优化设计。包括对本身违法规则进行

“修正”，构造明确不同举证责任的结构化合理规则，识别可以被反垄断法豁免的行为的“安全港”等。^[34]然而具体到同一行为，各方并未就如何合理地进行优化设计达成共识。就搭售而言，美国最高法院在杰弗逊地区医院（Jefferson Parish Hospital）案中将搭售的本身违法规则进行了“修正”，要求在本身违法规则框架下考察是否存在足够的需求，以认定一个独立的被搭售产品市场。法院认为如果消费者对单独购买被搭售产品缺乏足够的需求，那么搭售很可能不会对竞争和消费者的选择自由造成负面影响。^[17]而从欧盟微软案与中国3Q案来看，两地法院则都采用了通过结构化的要件有针对性地处理案件的“结构化合理规则”，但两地法院的具体规则又略有差别。^{[12][35]}那么比较而言，哪类优化设计是相对合理的？一个合理的优化方案应该考虑哪些因素，遵循怎样的条件？特别的，对中国而言，反垄断规则的优化设计是否与欧美存在区别？本文试图在借鉴和拓展错判成本路径理论基础之上对此进行研究。

三、反垄断规则优化的错判成本路径

贝克纳和萨洛普（Beckner and Salop）指出，法院对反垄断案件审理的实质是一个决策者在不完

全信息下进行决策的过程。其中，信息的来源包括法院处理类似案件的经验、逻辑推理与事实调查。^[9]本身违法规则与合理规则分别代表法院决策的两种极端情况，前者完全依赖先验的经验判断，而后者完全依赖后验的事实调查与逻辑推理。“修正”的本身违法规则、安全港与结构性合理规则表现为先验信息与后验信息不同程度的折中。以搭售为例，美国最高法院“修正的”本身违法规则要求在本身违法规则框架下考察搭售是否封锁被搭售产品市场相当大的市场份额，是否存在足够的需求以认定一个独立的被搭售产品，这事实上要求在案件审理中一定程度上依赖后验的事实调查与逻辑推理信息。中国最高法院与欧盟初审法院的结构性合理规则在此基础上进一步考察搭售的反竞争效果与合理性，也就更加依赖后验的个案信息。

将不同司法规则抽象为法院在不同信息不完全程度下进行决策的具体形式使我们可以一个统一的框架下比较不同司法规则，错判成本路径理论在此基础上讨论最优反垄断规则的设计。根据卡普洛(Kaplow)的定义，对个案信息不同程度的考察使得不同司法规则可识别行为不同类型的数量不同，即不同司法规则存在不同“复杂程度”。^[36]错判成本路径理论认为，司法规则复杂程度越低，法院判决越依赖于法官的先验判断，司法判决越容易出现I类错误(即虚假无罪)和II类错误，并引致社会福利或消费者福利损失(即“错判成本”)。以 d 表示司法规则的复杂程度，随着 d 的增加，法院在个案中信息不完全程度越低，法院可以因此降低错判率与错判带来的福利损失(见图1曲线 C_e)。^①但另一方面，司法规则复杂程度越高，司法规则的制定成本、案件信息收集、处理的成本等一系列规制成本将越高(见图1曲线 C_r)。以 C 表示错判成本与规制成本之和，那么 C_j 表示给定司法规则 j 所引致的损失总量。错判成本路径理论认为，法院应该通过错判成本与规制成本之和的最小化方程决定司法规则最优复杂程度 d^* ，并据此设

计最优反垄断规则。

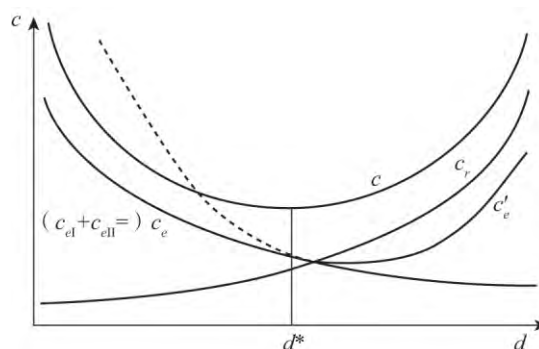


图1 错判成本、规制成本与最优司法规则复杂程度
说明：较稀疏的虚线部分为本文添加。

资料来源：克里斯蒂安森和沃尔夫冈(Christiansen and Wolfgang)。^[10]

克里斯蒂安森和沃尔夫冈提出了该优化方案的基本模型。^[10]以 B 表示搭售行为，假定反垄断法的目标是消费者福利最大化的。以 $w(B) \geq 0$ 与 $w(B) < 0$ 分别表示促进与危害消费者福利的搭售，那么前者是反垄断法所允许而后者是反垄断法所禁止的行为。设在司法规则 j 下，法院判决如表2所示：应该允许的搭售中仅 a_j 的份额被法院判定合法，而法院应该禁止的搭售中 b_j 的份额被法院判定合法，那么 $1-a_j$ 表示法院犯II类错误的比例， b_j 表示法院犯I类错误(即虚假无罪)的比例。进一步假设促进福利水平提高的搭售的总福利效果为 B^+ ，危害消费者福利或效率的搭售的总福利效果为 B^- 。那么法院犯II类错误与I类错误造成的福利损失分别 $C_{eII,j} = (1-a_j)B^+$ 与 $C_{eI,j} = -b_jB^-$ ($B^- < 0$)。理论上存在司法规则使得 $a_j=1, b_j=C_e=0$ 同时成立，但在现实中，不完全信息使得这类司法规则不能实现。

在司法规则 j 下，以 $C_{e,j}, C_{r,j}$ 分别表示错判成本与规制成本， $W_j(B)$ 表示搭售规制的总福利效果，司法规则 j 引致的损失总量与总福利效果可以分别由式(1)和式(2)表示：

$$C_j = C_{e,j} + C_{r,j} \tag{1}$$

① 为了叙述的简便，在图1中本文假设错判成本与规制成本为司法规则复杂程度的连续函数。

表2 I类错误、II类错误与错判成本

项目		净福利效果	
		$W(B) \geq 0$	$W(B) < 0$
法院判定	合法	正确判决： $a_j B^+$	虚假无罪： $C_{e1,j} = -b_j B^-$
	违法	虚假有罪： $C_{e11,j} = (1-a_j) B^+$	正确判决： $-(1-b_j) B^-$

资料来源：克里斯蒂安森和沃尔夫冈。^[10]

$$W_j(B) = B^+ - (C_{e,j} + C_{r,j}) \quad (2)$$

若错判成本与规制成本可以表示为 d 的连续函数，且 $C_e'(d) < 0$, $C_e''(d) \leq 0$, $C_r'(d) > 0$, $C_r''(d) \geq 0$ 。法院可以依据式 (3) 和式 (4) 确定搭售司法规则的最优复杂程度 d^* (见图1)，并据此设计相应的司法规则。

$$\text{Min}_d C = C_e(d) + C_r(d) \quad (3)$$

$$C_e'(d^*) + C_r'(d^*) = 0 \quad (4)$$

以上错判成本路径优化方案的意义在于，它明确要求对司法规则的优化加以成本约束。根据该方案，法院不应该要求在其司法规则下每个个案都可以得到正确判决。在某些案件中，作出正确判决的司法成本大于其福利损害，那么这类错判是可以接受的。但通过以上模型确定最优司法规则，并设计相应司法规则的优化路径面临现实障碍。

首先，以上方案并没有考虑法律的威慑效果，但威慑同样是反垄断法的目标之一。在反垄断文献中，威慑效果一般取决于司法规则是“严厉的”还是“宽松的”。相应的在错判成本路径理论中，反垄断规则的威慑效果受法院错判比例影响。一方面，法院犯 I 类错误案件的增多将诱使垄断企业实施违法的搭售行为，司法规则面临威慑不足的后果，而另一方面，法院犯 II 类错误案件的增多将促使企业放弃不违法的搭售行为，反垄断法面临过度威慑的后果。本文在图 2 中增加了一条较稀疏的虚线 (C_e' 前半部分所示) 表示考虑威慑效果后的错判成本曲线，它将影响最优复杂程度 d^* 的取

值。其次，如前文所述，复杂程度的提高可以为法院提供更多的个案信息，但法院的判决可能为外部干扰所影响，如果复杂程度的提高伴随着法院自由裁量权的提升，那么对于经验有限或易于寻租的法院，其判决的准确率反而可能随着复杂程度的提高而降低。如图 2 C_e' 后半部分所示，这些因素使得错判成本可能反而随着司法规则复杂程度的提高而反向提高。这同样影响最优复杂程度 d^* 的取值。最后，即便法院综合考虑了以上因素，如何根据最优复杂程度 d^* 指导实际司法规则的设计依然是未曾解决的难题。近年来一些学者从机制设计或信息处理的角度对此进行探讨，但相关研究依然处于摸索阶段。^{[37][38]}

对中国等处处在反垄断法司法与执法早期的国家，通过以上方式进行反垄断规则的优化则面临更多的问题。首先，以上模型要求法院对给定行为进行细致的量化研究，但对刚刚引入竞争法的国家而言并没有足够的样本以支撑稳健的量化分析。其次，区分违法与合法的搭售行为要求一个明确的福利标准，而我国反垄断法的目标包括“提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益”，法院尚未阐明当消费者福利标准与社会总福利标准存在冲突时如何权衡。^[39]以搭售为例，表 1 表明搭售可能同时减少消费者福利，又提高社会总福利，以上方法要求法院必须对此作出合适的权衡。^①

虽然通过最优复杂程度优化反垄断规则的方法面临现实障碍，但克里斯蒂安森和沃尔夫冈的模型从另一方面指出反垄断规则优化的基本前提。假定存在一个结构性合理规则或传统的合理规则，以 1 表示，为了简化分析，假定它满足 $B^+ - (C_{e,1} + C_{r,1}) \geq 0$ 。以 2 表示对其进行修改后的司法规则，根据克里斯蒂安森和沃尔夫冈的模型，仅当司法规则 2 的损失总量低于司法规则 1，且司法规则 2 所引致的搭售总福利效果不小于 0 时，司法规则的修改才实现了规则的优化。以式 (5) 和式 (6) 表示这两条标准，前者规定司法规则修改所需要达到的效果，后者进一步对司法规则修改后规制成本的变

① 需要指出的是，克里斯蒂安森和沃尔夫冈的模型并不限制福利标准的选择，其中福利可以为消费者福利、社会总福利，也可以是两者加权之和。^[10]

化提出要求：

$$C_{e,1} + C_{r,1} > C_{e,2} + C_{r,2} \quad (5)$$

$$B^+ - (C_{e,2} + C_{r,2}) \geq 0 \quad (6)$$

本文试图在式(5)和式(6)基础上提出可以进一步兼顾自由裁量权限制与法律威慑作用的反垄断规则优化设计方案，以优化给定合理规则或结构性合理规则。其基本思想在于：对给定行为，不同行为动机各自要求特定的前提，且在个案中获取不同前提的相关信息面临不同的成本。那么，法院可以以低信息成本且易于识别的前提设置“动机安全港”，要求控辩双方对行为具有不正当理由或正当理由的证明首先满足相应动机所必要的前提条件。如果在缺少相应的前提下，企业依然指控竞争对手的行为具有不正当动机并违反反垄断法，那么其指控很可能是错误的。若法院接受该类指控，那么法院很可能作出错误的判决。相反，如果给定行为满足相应的前提，那么它将有条件服务于对应动机，法院还可以进一步依赖低成本的信息识别出部分行为的实际影响。

本文所建议的动机安全港与传统安全港都试图通过形式化的要件避免法院错误地谴责促进效率或提高消费者福利的行为，但两者之间存在一定区别。首先，传统的安全港由行为不可能违法的充分

条件构成，而本文的安全港由服务于特定动机的必要非充分条件构成。即便行为满足本文动机安全港的条件，它依然可能是不违反反垄断法的。以搭售为例，有关搭售的文献往往依赖于特定的参数设定，若某些参数不能满足，即便垄断企业以排斥竞争为动机实施搭售行为，其结果反而可能促进竞争。^①其次，传统的安全港设置并不明确关注信息的成本与法院的识别能力，而动机安全港的要件要求兼具低信息成本与易于识别两点特征，以降低成本，并避免外部干扰对法院判决的影响。本文根据不同前提的特点将其区分为市场结构特征、产品特征与消费者特征。就搭售而言，是否固定搭配，是否具有规模经济等产品特征的信息最为直观。其信息获取成本最低，而对消费者偏好，是否对消费者构成“强制”等消费者特征以及产品价格的变化要求对一定的事实调查，市场结构性特征信息则要求更大范围的市场调查。因此一般而言，三类信息的成本从小到大逐步升高，有关搭售实质影响的信息需要兼顾以上三类信息，也就相应地成为成本最高的信息类型。不失一般性地假设每个类型所包含的信息的成本是一致的，如表3所示，以 C_1, C_2, C_3, C_4 表示四类信息的成本，有： $C_1 \leq C_2 \leq C_3 \leq C_4, C_4 \geq C_1 + C_2 + C_3$ 。

表3 不同类型信息的成本

信息类型	产品特征	消费者特征/价格变化	市场结构特征	搭售的实质影响
成本	C_1	C_2	C_3	C_4
搭售要件	—	强制要件/独立产品要件	市场支配地位要件	合理性要件/排斥竞争要件

具体而言，假设执法机构指控企业a通过搭售在被搭售产品市场与企业b实现合谋。那么，法院可以要求执法机构的指控首先满足低信息成本的“互补产品”(C_1)与“消费者具有异质性”(C_2)要件所构成的动机安全港。根据现有理论，以上前提是排斥竞争的策略性搭售的必要非充分条件，如果执法机构不能证明以上条件，法院可以直接拒绝

其指控以避免引致更多的规制成本。^{[40][41]}若执法机构证明给定行为满足动机安全港，法院可以在某些案件中进一步通过低成本的消费者偏好信息或价格信息作为高成本的“实质影响”信息的“代理要件”。根据现有理论，如果法院在证明涉案搭售满足合谋动机安全港情况下，还可以证明搭售在被搭售产品市场封锁了较大的市场份额且产品价格普遍

① 例如在温斯顿(Whinston)中，如果被搭售产品市场的规模经济并不明显，垄断企业通过搭售挑起价格战的威胁无法将进入者排除出被搭售产品市场，消费者反而将因此获益。^[24]

上涨,那么搭售很可能服务于该动机。法院可以以低成本的产品特征信息与价格信息代替高成本的实质影响的分析,并据此认定该搭售是本身违法的。需要特别指出的是,威慑效果的存在要求反垄断规则的优化审慎地使用本身违法规则与本身合法规则。以 $\alpha_{e1,j}$ 与 $\alpha_{e11,j}$ 分别表示威慑系数, $\alpha_{e1,j} > 1$, $\alpha_{e11,j} > 1$, $\alpha_{e1,j}$ 随着 b_j 的增加而增大, $\alpha_{e11,j}$ 随着 a_j 的增大而减小。以 $\alpha_{e1,j}C_{e1,j}$ 与 $\alpha_{e11,j}C_{e11,j}$ 分别表示法院犯I类错误与II类错误引致的潜在福利损失。在本身违法规则下,法院不可能犯I类错误($b_j = 0$),但法院所犯II类错误所引致的福利损失达到最大 $\{a_j = 0, C_{e,j} = (1 + \alpha_{e11,j}) B^+\}$ 。在本身合法规则下,法院不可能犯II类错误($a_j = 1$),但法院所犯I类错误所引致的福利损失达到最大 $\{b_j = 1, C_{e,j} = -(1 + \alpha_{e1,j}) B^-\}$ 。因此,本身违法规则和本身合法规则应该被局限于福利效果较为确定,或法院很容易能识别出其净福利影响的行为。

本文认为,以上基于动机安全港的反垄断规则优化方案有以下优点:首先,法院可以以不同行为动机的必要非充分条件避免错误的逻辑推理或接受错误的信息,实现自由裁量权的约束与反垄断规则识别能力的提高。其次,反垄断规则的规制成本亦得以降低。根据沙菲尔(Schäfer)的划分,将 $C_{r,j}$ 进一步区分为固定成本 $C_{r,f,j}$ 与可变成本 $C_{r,v,j}$,前者为反垄断规则制定与优化的成本,是规则的“固定成本”。后者包括给定规则下企业合规成本与个案中信息的收集、处理的成本两个部分,它是规则的“可变成本”。^[42]基于动机安全港的优化方案通过避免虚假指控减少了法院处理案件的数量,通过低成本的代理要件减少了案件的信息成本, $C_{r,v,j}$ 得以降低,而易于识别的要件引入使 $C_{r,f,j}$ 几乎不发生变化。最后,明确的动机安全港亦提高了反垄断规则的确定性,这有利于稳定企业预期,避免企业的机会主义行为。虽然反垄断规则的复杂程度随着动机安全港的引入相应提高,但动机安全港由易于识别的要件构成,它并未对法院能力提出过高的要求。在下文中,本文以最高法院在3Q案提出的搭售规则为对象进行案例分析,以探讨以上优化方案的实际操作。

四、我国反垄断规则的优化:以3Q为例

上文的分析表明,搭售动机、竞争与福利效果的模糊性使得搭售的本身违法规则很容易引致II类错误,威慑效果的存在则进一步放大II类错误导致的福利损失。然而欧盟与美国法院依然倾向于对搭售采取较为严厉的态度,虽然D.C.巡回法院和欧盟初等法院在各自的微软案中分别将搭售适用合理规则与结构性合理规则表明欧美法院系统对搭售敌意的弱化,但双方法院都保守地指出其合理规则仅适用个案。^[43]在3Q案中,我国最高法院首次阐述了中国反垄断法所禁止搭售行为的构成要件(见表4),最高法院明确指出“搭售行为本身既可能产生积极效果,也可能造成消极效果”,并未对搭售持先验的否定态度,最高法院亦要求在搭售案件中综合考查搭售的不正当性与竞争效果。^[12]显然,在我国最高法院的结构性合理规则下,法院可以获得更多的个案信息以避免错判的产生,但结合表3与表4可知该司法规则信息成本较高,最高法院亦未明确阐述其搭售要件的内涵,也就面临潜在的错判风险。本文依据上文提出的优化方案对最高法院的搭售要件进行优化,对不正当性要件引入动机安全港,在不提高规制成本的前提下提高司法规则识别不同动机搭售的能力,限制法院的自由裁量权。在此基础上,对排斥竞争要件进行优化,以进一步降低法院的规制成本。具体分析如下:

表5统计了现有搭售经济文献中,相应动机成功实现所必要且易于识别的条件。根据上文要求,本文剔除了成本较高或不稳健的前提条件,仅保留了大部分文献都涉及,且易于识别的部分。其中,为了更好地说明不同搭售动机的搭售行为,本文依据奈尔巴夫的划分将搭售区分为定价效率动机、非定价效率动机、延伸市场力量动机与维持市场力量动机四个类型。^[29]依据艾尔豪格的区分将价格歧视动机分为产品内价格歧视、消费者内价格歧视和产品间价格歧视动机三个类型,分别对应将搭售作为识别工具而实施的二级价格歧视,消费者购买多个搭售产品情况下通过搭售实施的三级价格歧视,与应对消费者偏好负相关性而通过搭售实施的三级价

表 4 不同司法辖区的搭售司法规则

美国最高法院	<ol style="list-style-type: none"> 1. 搭售产品和被搭售产品是各自独立的产品； 2. 搭售者在搭售产品市场上具有市场支配地位； 3. 搭售者向消费者实施事实上的强制，使消费者不得不接受被搭售产品； 4. 搭售封锁被搭售产品市场相当大 (substantial) 的市场份额。
欧盟初审法院	<ol style="list-style-type: none"> 1. 搭售产品和被搭售产品是各自独立的产品； 2. 搭售者在搭售产品市场上具有市场支配地位； 3. 搭售者未为消费者提供选择权，使消费者可以不接受被搭售产品； 4. 搭售妨害 (foreclose) 竞争； 5. 搭售具有不合理性。
中国最高法院	<ol style="list-style-type: none"> 1. 搭售产品和被搭售产品是各自独立的产品 (独立产品要件)； 2. 搭售者在搭售产品市场上具有市场支配地位 (市场支配地位要件)； 3. 搭售者未为消费者提供选择权，使消费者可以不接受被搭售产品 (强制要件)； 4. 搭售不具有正当性，不符合交易惯例、消费习惯等或者无视商品的功能 (正当性要件)； 5. 搭售对竞争具有消极效果 (排斥竞争要件)。

资料来源：奇虎公司诉腾讯公司案；美国杰弗逊地区医院案；欧盟微软案。^{[12][17][45]}

格歧视。^[26]类似的，将延伸市场力量动机区分为意图阻碍进入或将竞争对手排斥出市场的进入壁垒动机，意图合谋的动机与“提高竞争对手成本”动机。^{[24][28][44]}对效率动机而言，如果表 5 所列举的必要前提不能满足，那么企业将没有条件实施对应的搭售行为。策略性动机的实现则更为复杂，现有经济模型的复杂性要求每一类策略性动机的成功实现都依赖大量特定的前提假设。但库恩等人指出，现有理论所涉及的所有策略性动机都要求搭售产品和被搭售产品为互补产品，且垄断企业与其竞争对手产品生产具有不对称性，即垄断企业的生产或销售涉及所有市场，而其竞争对手仅在搭售产品市场或被搭售产品市场生产或销售部分涉案产品。^[30]如果这两条前提无法满足，那么企业将无法实现策略性动机。需要指出的是，生产具有不对称性前提并不适合某些类型的合谋动机。但对合谋动机而言，可以通过消费者是否同质，抑或消费者对两个产品的偏好没有正相关性等消费者特征信息识别搭售是否可能服务于合谋。通过这些前提条件设置动机安全港并引入不正当性要件（见图 2），可以在一些案件中以低成本（ C_1, C_2, C_3 ）的信息替代高成本（ C_4 ）的正当性分析，并同时提高司法规则的确定性。如果实际情况不能满足某项动机的前提条件，那么法院可以排除涉案搭售服务于该动机的

可能。

进一步考察排斥竞争要件的优化。从表 4 可见，美国最高法院修正的本身违法规则仅要求证明搭售“封锁了相当数量的市场份额”。这常常为学界诟病，许多学者认为这一要件难以反映产品创新或成本节约带来的效率提升，这使得它很容易错误地谴责不违反反垄断法的创新行为。^[23]一些美国巡回法院与欧盟方面亦指出不能仅仅依据市场份额证明搭售是反竞争的，而要求考察实质的反竞争效果。^{[45][46]}我国最高法院在 3Q 案亦没有仅仅依赖市场份额的变化认定搭售的不正当性。^[12]但是，虽然通过实际考察反竞争效果将为法院带来更多个案信息，其信息成本无疑较高（ $C_4 \geq C_1 + C_2 + C_3$ ）。而根据现有经济理论，我们可以在搭售满足某些动机安全港情况下，进一步通过消费者偏好或价格变化的信息识别一些搭售的合理性或违法性，以兼顾判罚的准确率与规制成本。如果在满足动机安全港，且可以进一步证明产品价格下降情况下，法院可以认定消费者从搭售中获益，避免双重加价或降低成本动机很可能成立。对合谋而言，如果给定动机安全港满足，且可以证明搭售封锁了相当数量的市场份额，产品价格上升，那么法院可以认定合谋动机很可能实现。类似的，对价格歧视而言，若给定动机安全港满足且可以证明搭售封锁了相当数量

表 5 不同搭售动机成功实现的必要前提与识别条件

动机		产品特征	消费者特征/价格变化	市场结构特征
定价效率 动机	产品内价格歧视	非固定搭配	—	—
	消费者内价格歧视	—	消费者购买多个搭售产品/消费者对不同产品的偏好负相关*	—
	产品间价格歧视	搭售产品和被搭售产品不是完全互补品	消费者对不同产品的偏好负相关*	—
	避免双重加价	互补产品	产品总价格下降*	—
非定价 效率动机	提高产品质量 保证产品安全	特殊的产品设计	—	—
	降低成本	规模经济/范围经济	产品总价格下降*	—
延伸市场 力量动机	进入壁垒	互补产品	—	垄断企业与其竞争对手 产品生产具有不对称性
	提高竞争对手成本		—	
	合谋		消费者具有异质性/产品价格普遍上升*	—
维持市场力量动机				—

注：带*的信息为识别条件，而不带*的信息为必要前提。

资料来源：笔者根据阿尔博恩等人、艾尔豪格、奈尔巴夫、库恩等人文献整理。^{[23][26][29][30]}

的市场份额，消费者对产品的偏好是负相关的，那么法院可以认定搭售实现产品内价格歧视或产品间价格歧视。若控辩双方不能证明搭售服务于其他动机，法院可以直接根据相关动机的福利影响判定满足以上条件的搭售为本身违法或本身合法的。本文在表 5 中列出了以上条件，他们对应的搭售动机都为福利效果较为确定，或法院很容易能识别出其净福利影响的行为。而对满足福利效果高度不确定的动机的搭售行为，本文建议法院保留考察搭售实质影响的排斥竞争要件，以避免规则的过度威慑或威慑不足。

结合上文，以图 2 表示本文所建议的搭售规则优化方案。以 1 表示现有司法规则，2 表示本文建议的司法规则。本文建议的司法规则并没有对最高法院的搭售规则进行修改，而是通过对合理性要件以及排斥竞争要件进行更详细阐述以实现法院识别搭售的能力的提高与自由裁量权限制。根据上文有 $C_{r,f,1} \approx C_{r,f,2}$, $C_{e,1} > C_{e,2}$, $C_{r,v,1} > C_{r,v,2}$ ，故在

大多数情况下有 $C_1 > C_2$ ，搭售司法规则将得以优化。可注意到，根据本文对规则复杂程度的定义，优化后的司法规则可以区分更多类型的搭售，其复杂程度得以提高，但是它并没有提高法院的自由裁量权，反而规范了法院对搭售的判断标准，其中所建议引入的要件亦易于识别，法院并不会面临识别能力不足的问题。

五、结论

本文在借鉴和拓展错判成本路径理论基础上探索兼顾判罚的准确性、规制成本、自由裁量权限制与法律威慑作用，且易于操作的反垄断规则优化设计。本文首先就反垄断规则的优化争议进行了探讨，根据贝克纳和萨洛普的研究将不同司法规则优化方案纳入统一的分析框架，并介绍克里斯蒂安森和沃尔夫冈的模型如何在该框架内实现反垄断规则设计的最优化。鉴于克里斯蒂安森和沃尔夫冈的模

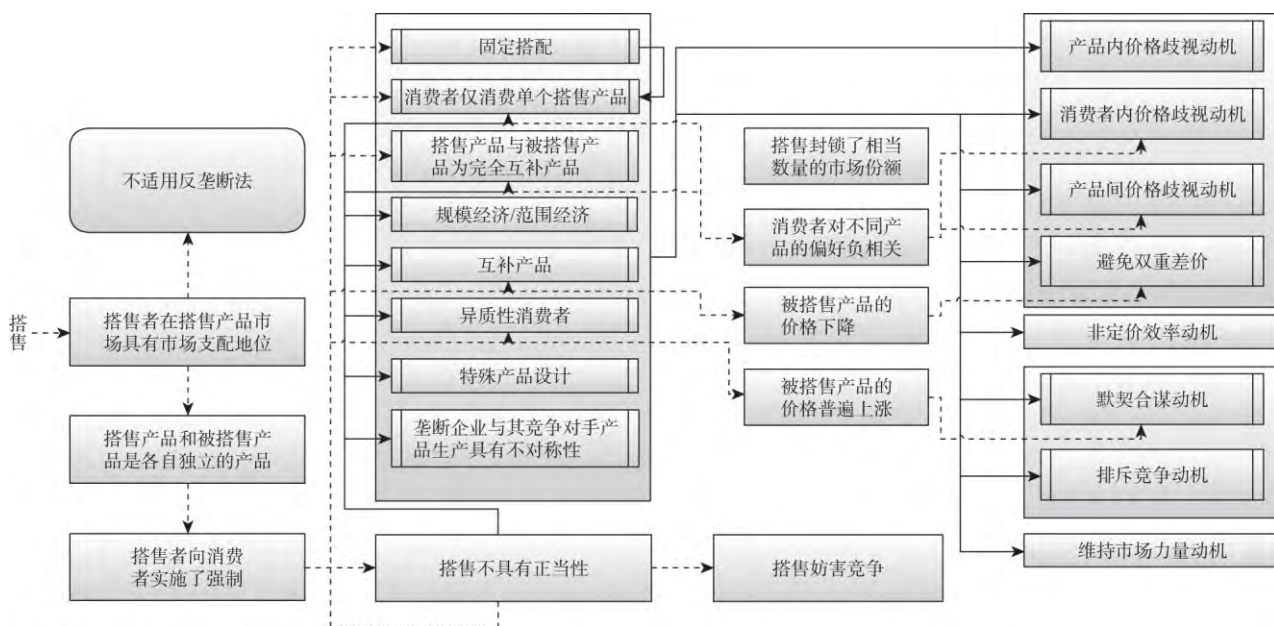


图2 3Q案搭售规则的优化设计

说明：虚线表示“是”，实线表示“否”。

型在实践中面临一系列现实障碍，本文基于该模型提出进一步兼顾自由裁量权限制与法律威慑作用，且更易操作的反垄断规则优化方案，使其更加适用于中国的实际。其基本思想在于：不同的行为动机的实现要求不同的前提条件，且在个案中获取不同前提的相关信息面临不同的成本。那么，法院可以以低信息成本且易于识别的前提设置“动机安全港”，要求控辩双方对行为正当或不正当性的证明首先满足相应行为所必要的前提条件。与传统的安全港设置不同，动机安全港的要件由特定动机成功实现的必要非充分条件构成，且要求兼具低信息成本与易于识别的特征。若实际情况不能满足给定动机的前提条件，那么法院可以排除涉案行为服务于该动机的可能。若实际情况满足“动机安全港”，法院还可以进

一步依赖低成本的信息识别出部分行为的实际影响。通过该优化方案，法院可以实现自由裁量权的约束与反垄断规则识别能力的提高，反垄断规则的规制成本亦得以降低。虽然反垄断规则的复杂程度随着动机安全港的引入相应提高，但动机安全港由易于识别的要件构成，它并未对法院能力提出过高的要求。

根据本文提出的反垄断规则优化方案，本文对最高法院在3Q案中提出的搭售规则进行案例分析，以探索我国反垄断法下司法规则的优化。本文建议最高法院对其搭售规则进行更详细的诠释，对不正当性要件引入动机安全港，在不提高规制成本的前提下提高司法规则识别不同动机搭售的能力，限制法院的自由裁量权。在此基础上，对排斥竞争要件进行优化，以进一步降低法院的规制成本。

参考文献

[1] W. Kolasky. Revigorating Antitrust Enforcement in the United States: A Proposal [J]. Antitrust, 2008, 22 (2).
 [2] H. Hovenkamp. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique [J]. Columbia Business Law Review, 2001, (2).
 [3] 蔡红. 入世与我国外资并购监管中的反垄断规则 [J]. 法学, 2002, (3).
 [4] 时建中, 钟刚. 试析反垄断法农业豁免制度——兼论我国《反垄断法》第五十六条 [J]. 财贸研究, 2008, (2).
 [5] 于立, 吴绪亮. 运输产业中的反垄断与规制问题 [J]. 中国工业经济, 2008, (2).
 [6] 余东华. 转型期中国反行政性垄断中违法判定原则的选择——从本身违法原则到合理原则 [J]. 天津社会科学, 2008, (1).
 [7] D. Kennedy. Form and Substance in Private Law Adjudication [J]. Harvard Law Review, 1976, 89 (8).

- [8] J. P. Kretschmer. Optimal Structuring of Assessment Processes in Competition Law: A Survey of Theoretical Approaches [Z]. Magks Papers on Economics, 2011.
- [9] C. F. Beckner, S. C. Salop. Decision Theory and Antitrust Rules [J]. Antitrust Law Journal, 1999, 67 (1).
- [10] A. Christiansen, W. Kerber. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per se Rules vs. Rule of Reason” [J]. Srn Electronic Journal, 2006, 2 (2).
- [11] 迈克尔·D·温斯顿. 反垄断经济学前沿 [M]. 大连: 东北财经大学出版社, 2007.
- [12] 中华人民共和国最高人民法院. 奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案判决书 [EB/OL]. <http://www.court.gov.cn>, 2016-05-30.
- [13] 中华人民共和国国家发展和改革委员会. 行政处罚决定书发改办价监处罚 [2015] 1号 [EB/OL]. <http://www.sdpc.gov.cn/>, 2016-05-30.
- [14] 中华人民共和国国家工商行政管理总局. 竞争执法公告 [EB/OL]. <http://www.saic.gov.cn>, 2016-05-30.
- [15] 基斯·希尔顿. 反垄断法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [16] 赫伯特·霍温坎普. 反垄断事业 [M]. 大连: 东北财经大学出版社, 2011.
- [17] U. S. Supreme Court. Jefferson Parish Hosp. Dist. No 2 v. Hyde, 466 U. S 2; 104 S. Ct 1551; 80 L. Ed 2d 2; 1984, U. S. LEXIS 49; 52 U. S. L. W. 4 385; 1984-1 Trade Cas. (CCH) P65 908 [EB/OL]. <http://www.lexisnexis.com>, 2016-05-30.
- [18] U. S. Supreme Court. Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U. S 36; 97 S. Ct 2549; 53 L. Ed 2d 568; 1977, U. S. LEXIS 134; 1977-1 Trade Cas. (CCH) P61, 488 [EB/OL]. <http://www.lexisnexis.com>, 2016-05-30.
- [19] U. S. Supreme Court. Standard Oil Co. v. United States, 337 U. S 293 (1949) [EB/OL]. <https://supreme.justia.com>, 2016-05-30.
- [20] Commission of the European Communities 88/138/EEC; Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30. 787 and 31. 488-Eurofix-Bauco v. Hilti) [EB/OL]. <http://eur-lex.europa.eu/>, 2016-05-30.
- [21] R. H. Bork. The Antitrust Paradox [M]. New York: Free Press, 1978.
- [22] K. N. Hylton, M. A. Salinger. Tying Law and Policy: A Decision Theoretic Approach [J]. Social Science Electronic Publishing, 2001, 69 (2).
- [23] C. Ahlborn, D. S. Evans, J. Padilla. The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality [J]. Antitrust Bulletin, 2004, 49 (1/2).
- [24] M. D. Whinston. Tying, Foreclosure, and Exclusion [J]. American Economic Review, 1989, 80 (4).
- [25] D. W. Carlton, M. Waldman. The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries [J]. Rand Journal of Economics, 1998, 33 (2).
- [26] E. Elhauge. Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory [J]. Harvard Law Review, 2009, 123 (2).
- [27] D. W. Carlton, M. Waldman. How Economics can Improve Antitrust Doctrine towards Tie-in Sales: Comment on Tirole’s “An Analysis of Tying Cases: A Primer” [J]. Competition Policy International, 2005, 1 (1).
- [28] B. Nalebuff. Bundling [Z]. Yale School of Management Working Papers, 1999, 23 (1).
- [29] B. Nalebuff. Bundling, Tying, and Portfolio Effects [Z]. DTI Economics Working Paper, 2003.
- [30] K. U. Kuhn, R. Stillman, C. Caffarra. Economic Theories of Bundling and Their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft Case [J]. European Competition Journal, 2004, 1 (1).
- [31] F. Easterbrook. Ignorance and Antitrust [A]. T. M. Jorde, D. J. Teece. Antitrust, Innovation and Competitiveness [C]. New York: Oxford University Press, 1992.
- [32] B. Nalebuff. Bundling, Tying, and Portfolio Effects [Z]. DTI Economics Working Paper, 2003.
- [33] P. G. Mahoney, C. W. Sanchirico. General and Specific Legal Rules [J]. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2005, 161 (2).
- [34] J. P. Kretschmer. Optimal Structuring of Assessment Processes in Competition Law: A Survey of Theoretical Approaches [Z]. Magks Papers on Economics, 2011.

- [35] EC Court of First Instance Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) of 17 September 2007. Microsoft Corp v. Commission of the European Communities [EB/OL]. <http://curia.europa.eu/>, 2016-05-30.
- [36] L. Kaplow. A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules [J]. *Journal of Law Economics and Organization*, 1995, 11 (1).
- [37] W. Kerber, J. P. Kretschmer, G. V. Wangenheim. Optimal Sequential Investigation Rules in Competition Law [Z]. *Magks Papers on Economics*, 2008.
- [38] Y. Katsoulacos, D. Ulph. On Optimal Legal Standards for Competition Policy: A General Welfare-Based Analysis [J]. *Journal of Industrial Economics*, 2009, 57 (3).
- [39] 中华人民共和国反垄断法 [EB/OL]. <http://www.gov.cn/>, 2016-05-30.
- [40] J. Carbajo, D. J. Seidmann, D. Meza. A Strategic Motivation for Commodity Bundling [J]. *Journal of Industrial Economics*, 1990, 38 (3).
- [41] Y. Chen. Equilibrium Product Bundling [J]. *Journal of Business*, 1997, 70 (1).
- [42] H. B Schäfer. Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-income Countries [J]. *Supreme Court Economic Review*, 2006.
- [43] N. Economides, I. Lianos. The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases [J]. *Antitrust Law Journal*, 2009, 76 (3).
- [44] J. P. Choi, C. Stefanadis. Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory [J]. *RAND Journal of Economics*, 2001, 32 (1).
- [45] United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Hand v. Central Trans Inc.* United States Court of Appeals for the Sixth Circuit 779 F. 2d 8; 1985, U. S. App. Lexis 25461; 1985-2 Trade Cas. (CCH) P66 872 [EB/OL]. <http://www.lexisnexis.com>, 2016-05-30.
- [46] Commission of the European Communities. Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [EB/OL]. <http://eur-lex.europa.eu/>, 2016-05-30.

(责任编辑: 杨万东)

THE OPTIMAL DESIGN OF ANTI-MONOPOLY RULES

CHEN Xiang-guang ZHONG Zhou

(School of Economics, Renmin University of China)

Abstract: The criticism from modern IO researches has pushed the courts and anti-monopoly agencies in US and EU to apply more “effect-based” rules instead of per se prohibitions in cases related to tying, RPM etc. Various types of optimal solution have been suggested both in practice and literature, but few of which have taken a step further to inquiry the criteria or processes that a reasonable optimal design should meet, let alone studies focused on Anti-monopoly Law of China. In this paper, we provide a preliminary analysis of the optimal design based on “error cost approach” theory. The accuracy, operability, discretionary power and regulation cost related to the optimization have all been taken into account and an optimized scheme highlights the introduction of “intent safe harbor” has been proposed. For better illustration, a case study of tying rule in *Qihu 360 v. s. Tencent* is introduced at the end of the paper.

Key words: per se prohibition; optimal design; tying; error cost; safe harbor